

# Garantismo *versus* Punitivismo: o Equívoco da Contrariedade

Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos\*

“Reconhecer o mal não significa a ele render-se. O crime, conforme ensina Durkheim, é lamentavelmente normal; mas só é normal se for combatido e evitado! Essa velha lição parece ter sido esquecida no Brasil. Um sintoma disso é quando se tem dúvidas do remédio; ou quando os remédios aprofundam ainda mais o crime, fazendo com que vício e virtude se confundam a ponto de se perder o fio da meada.”<sup>1</sup>

## Sumário

1. Introdução. 2. Equilíbrio entre o Direito à Liberdade e o Direito à Segurança: a Pessoa Humana como o Centro da Tutela Penal. 3. Processo Justo: Equilíbrio entre Garantismo e Eficiência. 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

O foco do presente trabalho é alertar para a falta de coerência em se colocar o garantismo contrário ao punitivismo. A polarização política atual brasileira simplifica uma questão que é complexa.

Punir uma conduta humana que, com intenção deliberada, atente contra a vida, a liberdade física ou sexual, causando dano ou ameaça de dano a uma outra pessoa, é dever de um Estado Democrático de Direito, assegurando todas as garantias à pessoa acusada.

Punir<sup>2</sup> é necessário para demonstrar a reprovabilidade da conduta e para que as vítimas não façam justiça com as próprias mãos, dentro de um espaço que respeite as garantias previstas na Constituição Federal, na legislação e tratados internacionais, tanto para o acusado, quanto para aqueles que foram lesados. A pergunta que se faz é: como punir de maneira coerente e em consonância com os direitos humanos?

As agências de controle social, sem se descuidar dos direitos do acusado, também devem respeito à vítima concreta, na consideração de que o Estado, através de seus agentes, tem o dever de garantir a todos, num Estado Democrático de Direito, o direito à vida, integridade física e sexual, como direitos inatos, e cuidados especiais de assistência para aqueles em situação de vulnerabilidade.

---

\* Doutoranda em Direito Penal pela UERJ. Membro do MPRJ.

<sup>1</sup> Roberto DaMatta. *Jornal O Globo*. Dia 11.10.2017.

<sup>2</sup> Ou seu equivalente (como a reparação do dano na justiça negociada).

Assim, além do cuidado com os direitos do acusado, ao se reconhecer a importância do Garantismo, com o respeito às garantias individuais e coletivas previstas na Constituição Federal e Tratados Internacionais, aos acusados em geral, urge o reconhecimento da necessidade de que os serviços públicos de segurança e persecução criminal atuem com eficiência para proteger as vítimas potenciais e as vítimas concretas, apurando a verdade dos fatos de forma isenta e respeitosa com todas as pessoas humanas envolvidas.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende focar a importância da centralidade da pessoa humana como fundamento principal do ordenamento jurídico, numa perspectiva funcionalista, o que traz diversas consequências para o direito penal, tanto legitimadora, quanto limitativa. Será defendida a importância do equilíbrio entre a liberdade e a segurança, demonstrando que os excessos tanto de um quanto do outro são prejudiciais para o sistema criminal e, por fim, será abordada a questão do garantismo e da eficiência, com a valorização da correta aplicação do direito penal, com reflexões sobre a existência de um direito penal administrativo e a importância da reparação do dano.

## **2. Equilíbrio entre o Direito à Liberdade e o Direito à Segurança: a Pessoa Humana como o Centro da Tutela Penal**

Devemos atentar para a necessidade de centralização do sistema criminal (direito penal, processo penal e suas agências) na pessoa humana, atentando para o fato de que, além da violação da lei de um Estado quando do cometimento de um crime, existe um conflito humano que envolve pessoas que sofrem e merecem atenção. Nesse sentido, surge a importância de uma ressignificação da vítima e um equilíbrio de atenção estatal entre os personagens principais desse conflito: autor e vítima.

A liberdade de um indivíduo encontra o seu limite na liberdade do outro. Quando a liberdade é invadida e um dano é causado a um bem jurídico de grande relevância, o Estado não só está autorizado a intervir, mas tem o dever de reequilibrar o sistema. A pessoa é livre sobre si mesma desde que não cause danos a terceiros, pois, para se viabilizar a vida em sociedade, os direitos de cada pessoa devem ser restringidos a fim de que se compatibilizem com a atribuição de iguais direitos a todas as demais<sup>3</sup>. Kant, como defensor do caráter absoluto e incondicionado da dignidade humana, reconheceu essa impostergável necessidade, ao enunciar a sua conhecida fórmula sobre o princípio universal do Direito: “aja externamente de modo que o uso livre do seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal”<sup>4</sup>. Assim, conforme nos ensina Stuart Mill<sup>5</sup>, impedir danos a terceiros é

<sup>3</sup> MILL, Stuart em *Os Clássicos da Política*, 2º volume, organizador Francisco C. Weffort. Volume II. São Paulo: Ática, 2005, 10ª ed. p.207.

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *La metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p.40.

<sup>5</sup> MILL, John Stuart. On Liberty. In: *Great Books of the Western World: American State Papers, The Federalist, Stuart Mill*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1971. p.267-323.

justificativa legítima para a imposição de restrições à liberdade individual. A ideia de que o exercício da liberdade de uma pessoa pode ser validamente limitado para se evitar que lese direitos alheios sempre foi aceita, inclusive pelo liberalismo.

Assim, inerente ao conceito de direito, está presente a ideia de dever. Conforme nos ensina Hans Kelsen, citando Austin, “o dever é a base do direito”<sup>6</sup>. O direito à liberdade pressupõe o dever de que os demais, inclusive o Estado, não ofereçam embaraços a essa liberdade. O direito de viver significa que não serei morto por outra pessoa ou agente do Estado. O direito à integridade física significa que não serei agredido ou sexualmente constrangido pela atitude de outra pessoa.

Nas palavras de Kelsen<sup>7</sup>, talvez seja possível que não mais seja necessário “prescrever medidas coercitivas como sanções” ou que “exista uma ordem social que torne possível” uma substituição da técnica específica do Direito pela motivação voluntária, mas a história sempre confirmou, afirma ele: *ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde há sociedade, existe o *Direito*, com a necessidade de leis a serem seguidas. Conquanto, afirma ele, sempre existisse “otimistas que julgaram tal condição possível e sonhadores políticos” que acreditaram em um desenvolvimento de uma sociedade livre de toda coerção, numa ordem natural justa que faz todos felizes, essa ordem justa ainda não foi realizada e está longe de ser concretizada, pois não se pode ignorar o impulso de agressão inato ao homem e que a felicidade de um muitas vezes é incompatível com a felicidade do outro<sup>8</sup>. O caráter utópico “da ideia de uma condição social não regulamentada por alguma ordem coercitiva”, que surgiu com o socialismo marxista, doutrina que explica “a única função do aparelho coercitivo representado pelo Estado o de manter a condição de uma sociedade dividida em classes” (na qual uma tem bens e explora a outra) e que “por meio da abolição da propriedade privada e socialização dos meios de produção, a necessidade de coerção desapareceria”, mostrou-se equivocada, explica Kelsen<sup>9</sup>, afirmando ainda:

Quem pensa que tal sociedade sem Estado é possível está fechando os olhos para o fato de que uma organização econômica tal como almejada pelo socialismo deve necessariamente ter um caráter autoritário. (...) Tal ordem social, mais do que qualquer outra, tem uma tendência para tornar-se totalitária, regulamentando todos os domínios culturais e, não menos, as relações sexuais dos indivíduos. (...) Ela deve necessariamente limitar a liberdade do indivíduo muito mais severamente do que o fez qualquer outro Estado. Só por esse motivo tal Estado deve contar com perturbações da parte de seus cidadãos, não menos do que devem as ordens jurídicas da

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. Tradução Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.271.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada. p.233.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada. p.235.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada, p.235-236.

sociedade burguesa. (...) Se não são as necessidades econômicas incompletamente satisfeitas do indivíduo que podem levar a uma perturbação da ordem, serão outras necessidades – necessidades decorrentes do seu desejo de prestígio, de sua libido (...).<sup>10</sup>

Assim, conquanto as ideias socialistas tenham sido essenciais para assegurar os direitos sociais em diversos países, inclusive no Brasil, como ensino público gratuito, saúde e previdência pública, fundamentais num Estado Democrático de Direito, bem como os movimentos abolicionistas, com as reflexões trazidas por Nils Christie<sup>11</sup>, Louk Hulsman<sup>12</sup>, Vera Malaguti<sup>13</sup> e outros, importantíssimos para a reflexão sobre o papel da vítima e as agruras do sistema carcerário, não se pode prescindir da importância e da legitimidade do direito penal.

O Brasil, atualmente, vive uma crise de valores. As taxas de homicídio cresceram assustadoramente após o ano de 2007<sup>14</sup>, sem contar os crimes de roubo e estupro, com problemas crônicos relacionados à subnotificação, conquanto tenhamos avançado em conquistas sociais<sup>15</sup> e na tentativa de universalização do ensino fundamental.

Os direitos sociais nesse período aumentaram e diminuimos os índices de analfabetismo<sup>16</sup>. Todavia, crescem os números de vítimas de violência em nosso país<sup>17</sup>, o que se agravou com a crise econômica que se seguiu a partir do segundo mandato presidencial de Dilma Roussef. Disputas políticas entre movimentos de esquerda e de direita se acirraram, trazendo reflexões sobre a questão da segurança pública no Brasil.

De qualquer forma, independente da linha política a ser seguida, há que se atentar para a centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado<sup>18</sup>. A dignidade da pessoa humana está positivada com destaque na Constituição de 1988, no art. 1º, inciso III, considerada fundamento da República, e ainda mencionada nos artigos 170; 226, §6º; 227; 230. É mencionada ainda em diversos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil ratificou e incorporou ao ordenamento jurídico.

<sup>10</sup> Kelsen, Hans. *O que é Justiça?* Ob. citada, p.237.

<sup>11</sup> Christie, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011

<sup>12</sup> Vide o livro *"Tributo a Louk Hulsman"* organizado pelos professores Nilo Batista e Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

<sup>13</sup> Batista, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 2ª reimpressão, 2015.

<sup>14</sup> Vide dados do Atlas da Violência 2017 do IPEA e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <[www.ipea.gov.br/portal/images/170602\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf)> Acessado em: 10/10/2017

<sup>15</sup> Certamente o governo Luiz Inácio Lula da Silva, de 1 de janeiro de 2003 a 1 de janeiro de 2011, seguido do governo Dilma Roussef, nos trouxe grandes avanços sociais.

<sup>16</sup> <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/34167>

<sup>17</sup> 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública publicado no site <[www.forumseguranca.org.br/publicacoes](http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes)> Acessado em: 31/10/2017.

<sup>18</sup> Ideia central dos direitos humanos. Vide também GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Organizadores). Prefácio da obra *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário* em 2 de setembro de 2012, p.7. E outros.

O certo é que os pilares da ordem constitucional brasileira convergem para uma compreensão da pessoa humana como centro e razão última da ordem jurídica<sup>19</sup>. Uma pessoa concreta, enraizada, de carne e osso, que tem o direito de se autodeterminar, mas também experimenta necessidades e vulnerabilidades, notadamente ao ser vítima de um crime.

E quando falamos em direitos humanos, a titularidade é garantida a todos, pois são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna e unem toda a comunidade humana tanto na titularidade, quanto na sujeição passiva: “não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo”<sup>20</sup>. A responsabilidade do Estado na proteção dos direitos humanos deve ser de forma global. Se por um lado, os agentes públicos não podem violar direitos humanos, também não pode o Estado permitir a violação dos direitos humanos por particulares.

Nesse sentido, o direito à segurança, considerado um dever de proteção do Estado a fim de que particulares não violem os direitos humanos dos demais, ganha um novo sentido quando analisado sob este viés humanitário. Assim, conquanto a segurança, seja fundamento da própria existência e legitimação do Estado<sup>21</sup>, a principal motivação que levou os homens a se reunirem e a erigirem, em conjunto, um poder político para os governar em busca da paz e da segurança para as suas vidas<sup>22</sup>, a nova abordagem da segurança como um direito humano ou direito fundamental (já que previsto na nossa Constituição) se faz necessária a fim de eliminar o ranço autoritário que alguns lançam sobre a temática. Não só o serviço de policiamento como o próprio direito penal e o poder punitivo são instrumentos de proteção dos direitos humanos<sup>23</sup>, inclusive reconhecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira*: conteúdo, Trajetórias e metodologia. Tese apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. p.66. TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.177-179.

<sup>20</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30

<sup>21</sup> HOBBS, Thomas. 1588-1679. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner; revisão da tradução: Eunice Ostrensky. Organizado por Richard Tuck. 3ª ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 148: “Considera-se que uma república tenha sido instituída quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser o seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem os seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos demais homens.”

<sup>22</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares. Universidade Católica Editora. Lisboa 2015. p.29.

<sup>23</sup> Vide a atuação do Promotor de Justiça Celso Tertuliano da Cunha Magalhães, escolhido patrono do Ministério Público do Maranhão, buscando a punição criminal da Baronesa de Grajaú no Maranhão (1876-1877), acusada de maltratar e matar um jovem escravo de sua propriedade, Inocêncio. O processo criminal foi digitalizado pelo Ministério Público do Maranhão (Autos do processo crime da Baronesa do Grajaú 1876-1877/Programa Memória Institucional do Ministério Público do Maranhão; transcrição de Surama de Almeida Freitas e Kelcilene Rose da Silva. São Luis: Procuradoria Geral de Justiça, 2009).

<sup>24</sup> Cita-se, somente a título de exemplo, a primeira condenação do Brasil perante a Corte: No caso 12.237, conhecido como *Damião Ximenes Lopes (homicídio e maus tratos a deficiente mental – Ceará)*, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela demora de punição criminal dos envolvidos na morte do senhor Damião

Afinal, a finalidade do Direito Penal é a proteção da convivência humana em sociedade, selecionando os comportamentos tidos como mais intoleráveis, descritos como delitos, aos quais são previstas sanções institucionalizadas àqueles que o realizarem (cominação de penas), com a concreta função de proteção de bens jurídicos<sup>25</sup>. Conquanto alguns autores sustentem que a missão do direito penal seria a de proteger relações sociais, interesses ou valores escolhidos pela classe dominante e contribuir para a reprodução daquelas relações, mantendo a desigualdade social<sup>26</sup>, ou conter e reduzir poder punitivo<sup>27</sup>, *essa visão é mais política do que jurídica*. Se o ataque encontra alguma justificativa em relação aos crimes patrimoniais, os argumentos perdem qualquer sentido em relação à necessidade de proteção da vida, integridade física e liberdade sexual. Maus tratos a crianças e estupro não são delitos que tutelam os valores escolhidos pela classe dominante, mas sim fruto do consenso da sociedade como um todo<sup>28</sup>.

A proibição da justiça privada e o monopólio estatal do uso legítimo da força “só encontram justificação razoável se, ao mesmo tempo, o Estado se compromete a defender os direitos dos seus cidadãos em relação às ameaças e violações” de que estes podem ser vítimas por parte dos demais<sup>29</sup>.

---

Ximenes Lopes – uma pessoa com deficiência mental – em um centro de saúde particular que operava dentro do Sistema Único de Saúde brasileiro, chamado *Casa de Repouso Guararapes*. Damião sofreu golpes e ataques contra sua integridade pessoal por parte dos funcionários da *Casa de Repouso* e morreu enquanto estava submetido a tratamento psiquiátrico naquele local. Houve falta de investigação e garantias judiciais que fomentaram a impunidade dos responsáveis pelas agressões. O fato ocorreu em outubro de 1999. Concluiu-se que o Estado brasileiro foi responsável pela violação ao direito à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagrados nos artigos 5, 4, 25 e 8, respectivamente, da Convenção Americana, devido à hospitalização de Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, as violações a sua integridade pessoal e morte; bem como a obrigação de investigar os fatos. Foi recomendado que o Brasil realizasse uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos relacionados com a morte de Damião Ximenes Lopes ocorrida na *Casa de Repouso Guararapes* em 4 de outubro de 1999, visando à determinação da responsabilidade e sanção efetiva dos envolvidos; 2. Reparar adequadamente os familiares de Damião Ximenes Lopes pelas violações de direitos humanos determinadas no relatório; 3. Adotar as medidas necessárias para evitar que ocorram fatos similares no futuro. A Comissão Interamericana considerou de suma importância o reconhecimento judicial dos fatos, pois o Estado não somente incorre em responsabilidade internacional por violação ao direito à vida quando seus agentes privam alguém de tal direito, mas também quando, apesar de não ter violado diretamente tal direito, não adota as medidas de prevenção necessárias e/ou não efetua uma investigação séria, por um órgão independente, autônomo e imparcial, de privações do direito à vida cometidas seja por seus agentes ou por particulares. Assim, a falta de investigação oportuna por parte do Estado das diversas denúncias de mortes de pacientes nesta clínica, e as diferentes queixas de maus tratos de pacientes internados nesta instituição, foram consideradas condições que permitiram o resultado fatal no caso analisado. Foi mencionado que: “Se o Estado tivesse investigado poderia ter impedido que esta *Casa de Repouso* continuasse prestando serviços em nome e por conta do Estado brasileiro nas condições em que o fazia”. A partir desta perspectiva, foi considerado que o Estado não preveniu as condições que facilitaram e conduziram à morte do senhor Ximenes Lopes.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. 2ª ed. p.5

<sup>26</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 6ª edição. Curitiba: ICPC, 2014. p.5a

<sup>27</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: segundo volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª ed., outubro de 2010. 1ª Reimpressão, julho de 2013. p.20.

<sup>28</sup> E o poder punitivo do Estado não se limita ao direito penal, sendo certo que também se manifesta no âmbito do direito administrativo, indicando sobre o assunto o livro do autor Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, da editora Revista do Tribunais.

<sup>29</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares. Universidade Católica Editora. Lisboa, 2015. p.63.

Assim, o direito penal, usando as palavras dos ilustres autores André Mauro Lacerda Azevedo e Orlando Faccini Neto, “longe de representar uma espécie de vilania, seria, ao contrário, um dos mais importantes mecanismos estatais de proteção do homem, indispensável, pois, à consolidação dos valores ético-sociais vigentes numa determinada sociedade.”<sup>30</sup>

O direito penal é um dos pilares dos direitos humanos e instrumento de proteção da segurança, na medida em que a pena tem uma função preventiva geral negativa (a ameaça penal serve como intimidação geral), função preventiva geral positiva (esperança de que os valores tutelados pela norma sejam internalizados pela sociedade), preventiva especial negativa (retira de circulação o autor de um crime, na tentativa de neutralizá-lo), uma função preventiva especial positiva (busca a reintegração do autor do delito na sociedade – função ressocializadora)<sup>31</sup> e ganha aspectos restaurativos, conforme será mais abaixo explanado.

Um Estado organizado concentra em suas mãos o poder punitivo, evitando que as pessoas façam justiça com as próprias mãos e quem o limita, primariamente, é o direito constitucional. O direito penal é um meio de controle social necessário que regulamenta o poder punitivo estatal, limitando-o, mas *também* criando as hipóteses de sua incidência na vida das pessoas (não há pena sem lei anterior que o defina) com a finalidade de tutelar valores fundamentais da sociedade, que reconhecem a proteção da pessoa humana como centro necessário da ordem jurídica. E, conforme ressalta Claus Roxin, não existe espaço para o abolicionismo penal, pois liberar o controle do crime de “parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo a paz social.”<sup>32</sup>

E, na realidade, existe uma unicidade do poder punitivo estatal que engloba o direito administrativo sancionador e o direito penal<sup>33</sup>. Afinal, em termos resumidos, visto que não há espaço para melhor discorrer o tema, a aplicação de uma multa administrativa, a suspensão do direito de dirigir, também é punição.

A eventual seletividade do sistema criminal não desmerece o Direito Penal como ciência, mas deve ser combatida através da melhor eficiência na investigação, apuração e aplicação das regras penais<sup>34</sup>, maior participação da sociedade nas soluções

<sup>30</sup> AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *O bem jurídico-penal: duas versões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*/ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.14.

<sup>31</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra Editora, 2001. p.65-111. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*/ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.6-9.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. 2ª ed. p.5.

<sup>33</sup> Vide: SABOYA, Keity. *Ne bis in Idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.103-152; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015; RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Infrações Administrativas em Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. p.634-635.

<sup>34</sup> As penas privativas de liberdade não são, há anos, as previstas para a maioria dos crimes. As reformas processuais incluíram várias penas restritivas de direito, como prestação de serviços à comunidade,

consensuais integradas ao Estado<sup>35</sup>, na garantia de uma justa defesa e respeito aos direitos do acusado e no respeito às vítimas para que tenham confiança nas autoridades competentes, registrando o delito.

A tradicional desconsideração que o Direito Penal tem dado às vítimas é preocupante, na medida em que é ela um dos principais elementos de seletividade do sistema. Da sua decisão dependem a maioria dos casos levados ao conhecimento das instâncias oficiais, que só excepcionalmente intervêm de forma pró-ativa, limitando-se, via de regra, a reagir ao registro feito pela vítima<sup>36</sup>.

Ademais, sendo titular do direito à segurança, a vítima é um “partícipe necessário”<sup>37</sup> nas constelações dos delitos mais clássicos como estupro, roubo, estelionato, lesões corporais, homicídio, sequestro, ameaça, ou está diluída na sociedade, nos crimes contra o meio ambiente, sistema financeiro, terrorismo e tráfico de drogas. E se não existe uma vítima, ainda que diluída na sociedade, ou pelo menos a possibilidade que exista, não há delito.

Note-se que as novas tendências da moderna criminologia são, em parte, conseqüências de movimentos sociais a favor da vítima, dos quais se destacam grupos feministas<sup>38</sup>, que solicitam uma intervenção mais enérgica e eficaz do Direito Penal na repressão e prevenção de delitos de violência doméstica e abuso sexual, ou de grupos que batalham contra os excessos policiais, proteção de crianças, entre outros.

Na consideração de que existem movimentos de direito penal em curso na sociedade, destacando-se três (maximizante, também denominado “lei e ordem”, minimizante, também denominado direito penal mínimo, e o abolicionista)<sup>39</sup>, o importante é considerar que o delito não deve constituir um mero produto do arbítrio do legislador, mas, antes disso, o reconhecimento jurídico dos valores ético-sociais mais relevantes vigentes numa determinada sociedade<sup>40</sup>, que considerem a pessoa humana como o centro dessa proteção. *Punitivista* é uma maneira pejorativa de designar alguém que acredita na legitimidade do direito penal, seja quem se insere no movimento maximizante (via de regra) ou, até mesmo, aquele incluído no movimento minimizante. Quem acredita que a punição criminal pode ter algum efeito positivo para a sociedade seria um “punitivista”<sup>41</sup>.

---

reparação do dano causado à vítima etc., vide os artigos 43 e ss. do Código Penal, Lei nº 9099/95 entre outros. Por sua vez, o regime é aberto para penas de até 4 anos de reclusão (art. 33§2ºc do Código Penal).

<sup>35</sup> Através da Justiça Restaurativa, com a participação da família e comunidade.

<sup>36</sup> 90% (noventa) por cento dos casos é a percepção registrada por Manuel da Costa Andrade na obra *O novo Código Penal e a moderna Criminologia*. Jornadas de Direito Criminal. Lisboa. 1983. p.187-234, mencionado por Selma Pereira de Santana, na obra *Justiça Restaurativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.21.

<sup>37</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.128.

<sup>38</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. citada, p.148.

<sup>39</sup> Vide MAZZILI NETO, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

<sup>40</sup> AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *O bem jurídico-penal: duas versões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*/ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.24.

<sup>41</sup> É difícil conceituar uma palavra que não faz parte do vocabulário formal acadêmico, não é uma teoria, e que alguém real se sinta vinculado. Todavia, o termo se popularizou em debates e discussões teóricas

A crítica é pertinente quando as agências sociais relacionadas ao poder punitivo excluem a vítima da solução criminal<sup>42</sup>, sem atentar para a reparação do dano, e priorizando a privação da liberdade para crimes leves ou cometidos sem violência. Mas será que a afirmação de que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”<sup>43</sup> está correta?

Entendemos que a afirmação acima é equivocada. A pena criminal justa e humanizada, além de retribuição<sup>44</sup>, tem caráter preventivo e restaurativo. A prisão de um estuprador contumaz certamente neutraliza o sujeito, detém lesões em curso, evidenciando o caráter preventivo especial negativo da pena. A Diretiva Europeia 2011/92/UE, que trata da luta contra o abuso sexual de crianças e pornografia infantil, além de recomendar a criminalização de diversas condutas, com um patamar mínimo para a privação da liberdade, prevê, no art. 10, que uma pessoa condenada por crimes sexuais fique impedida, temporária ou *permanentemente*, de exercer atividades profissionais de contato direto e regular com crianças, o que deve ser informado aos possíveis empregadores, num claro objetivo de proteção de vítimas potenciais, o que não acontece no Brasil<sup>45</sup>.

A pena criminal, além de retribuição e prevenção, tem a função de restaurar a ordem jurídica no sentido de fazer com que a sociedade tenha confiança na validade da norma<sup>46</sup>, reequilibra a paz social e deve determinar a reparação mínima dos danos causados. Todo aquele que provoca um dano está obrigado a equiparar o agir destrutivo com um construtivo, restabelecendo, como possível, a situação anterior<sup>47</sup> (em decorrência do princípio da reparação do dano, já previsto na nossa legislação<sup>48</sup>, e também no direito alemão – *wiederherstellungsprinzip*<sup>49</sup>).

---

nas quais um grupo, que não acredita no direito penal ou nas funções preventivas desse ramo do direito, designa aqueles que pensam em sentido oposto.

<sup>42</sup> BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, E. Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015. p.41

<sup>43</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. citada, p.99.

<sup>44</sup> Necessária uma mensagem de reprovabilidade, um castigo proporcional ao mal causado pelo crime. A retribuição tem a ideia de proporcionalidade e, nesse sentido, é também limitativa. Quem pratica um crime não pode ser premiado, mas deve, na medida do possível, até como medida pedagógica, vivenciar uma experiência equivalente à conduta praticada. A Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, buscou limitar os excessos da vingança privada, deixando um marco de proporcionalidade na interpretação do que é justiça.

<sup>45</sup> E certamente muitos diriam que seria inconstitucional no sentido de ser uma pena perpétua. Será que é pena ou efeito de uma pena? Uma condenação criminal que, como efeito secundário, exonera o servidor do cargo, que destitui o poder familiar, também tem efeito permanente na vida daquela pessoa. O servidor não será reintegrado nem o pai verá seu poder familiar devolvido após o decurso do tempo.

<sup>46</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Luiz Moreira, Coordenador e Supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, Tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 p.20.

<sup>47</sup> PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. p.25.

<sup>48</sup> Art. 5º XLV da Constituição Federal, Art. 91, I do Código Penal, art. 387, IV do Código de Processo Penal, Lei nº 9.099/95, entre outros.

<sup>49</sup> Vide os §46, 46ª, 56b do StBG – Código Penal. Ver também PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012

Luigi Ferrajoli, em sua famosa obra que nos trouxe o conceito de garantismo,<sup>50</sup> ressalta que o direito e o Estado “não devem ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas ou constituir fins em si próprios, justificando-se, somente, por meio da tarefa de perseguir objetivos de utilidade concreta em favor dos cidadãos e, principalmente de garantir-lhes os direitos e a segurança”<sup>51</sup>. Ressalta o autor que toda vez que uma liberdade atenta contra outra liberdade, essa liberdade se converte em abuso, motivo pelo qual as leis de direito penal e processual penal são necessárias para impedir a violência entre particulares, no sentido de impedir que a força do mais forte prevaleça<sup>52</sup>. Todo movimento limitador de punibilidade é também, a um só tempo, “fundamentação de punibilidade”<sup>53</sup>.

Ferrajoli não é abolicionista, mas um minimalista e, como autor do artigo inaugural do livro *Garantismo Penal Integral*<sup>54</sup>, elogia o Ministério Público como instituição de garantia dos direitos fundamentais, inclusive na área criminal. As condições empregadas para o sistema garantista seriam extraídas através de dez máximas latinas: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; e nulla probatio sine defensione*, consoante a própria interpretação de autores com visão crítica do direito penal<sup>55</sup>, demonstrando que punição e garantismo coexistem.

O importante é que o bem jurídico protegido pela norma penal seja constitucionalmente relevante, respeitando-se o princípio da intervenção mínima e subsidiariedade do direito penal<sup>56</sup>. Aliás, a concepção de bem jurídico limitativo decorreu da introdução do princípio do *harm principle*, discutido no direito penal anglo-americano e proposto em 1859 por Stuart Mill, que se baseia na ideia de que somente o dano a outros (*harm to others*)<sup>57</sup> pode ser penalmente sancionado<sup>58</sup>. O bem

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragioni: teoria del garantismo penale*.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.207.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. (...) Ob citada. p.858.

<sup>53</sup> PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p.37.

<sup>54</sup> *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-29.

<sup>55</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, 2ª edição Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002. p.25-26.

<sup>56</sup> A respeito do princípio da intervenção mínima e subsidiariedade, verificar: BEZÉ, Patricia Mothé Gliocche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 184; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.51-54; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 64-65; MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p.31; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 2ª reimpressão, março de 2015, p.82-88, entre outros.

<sup>57</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle na obra Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores: Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.133-149.

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*. Tradução Luis Greco. Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.42.

jurídico na qualidade de valor, e conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção, não dele próprio, mas da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica<sup>59</sup> e a ela deve estar conectado. Consoante a definição dada por Luis Greco<sup>60</sup>, na linha de Roxin, bens jurídicos seriam “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”.

O exagero de transferir a regulamentação de todos os conflitos humanos e aspectos da vida comunitária ao direito penal enfraquece não somente a liberdade, mas também a segurança, na medida em que as agências de controle não terão condições físicas e materiais suficientes à devida investigação criminal, com a proteção das vítimas concretas e potenciais para a garantia da segurança pública. Assim, o excesso de penalização, ao ampliar o poder punitivo do Estado para áreas que não focam na proteção de bens relevantes da pessoa humana, é arbitrariedade, violando a Constituição Federal. Somente ações perigosas para um bem jurídico, constitucionalmente legítimo, podem ser proibidas, porque tudo o mais seria uma intervenção inútil na liberdade dos cidadãos<sup>61</sup>.

No Brasil, ao contrário do que ocorre na Alemanha e em outros países, é assegurada a liberdade sexual entre pessoas maiores e capazes, de modo que o direito penal não se insere na vida íntima e sexual entre tais personagens<sup>62</sup>. Podemos afirmar que existe vedação constitucional a uma interferência do Estado na vida sexual de adultos e capazes no Brasil, com base no princípio da dignidade humana e na pluralidade de famílias consagradas pela Constituição<sup>63</sup>. Na Alemanha, a doutrina ainda discute se é possível a criminalização de relações sexuais entre irmãos adultos e capazes, pois o Tribunal Constitucional entendeu de forma positiva<sup>64</sup>.

Por sua vez, no Brasil, ainda é um grande tabu utilizar a Lei dos Crimes Hediondos e aplicar penas privativas de liberdade em regime fechado para torturadores de crianças<sup>65</sup>, ou penas privativas de liberdade longas e com vedação de visitas íntimas

<sup>59</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.177-179

<sup>60</sup> GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.89.

<sup>61</sup> GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.34. É preciso que a conduta incremente um risco não permitido e que o resultado lesivo seja decorrência dessa conduta.

<sup>62</sup> Não há crime de incesto entre adultos maiores e capazes. Não há crime de adultério. Não há crime de homossexualidade. Não se criminaliza a prostituta (profissional do sexo).

<sup>63</sup> CF art. 1º, inciso III (dignidade humana). CF art. 226, §3º e 4º (permite outras formas de família além daquela protegida pelo casamento, de modo que se tem reconhecido que o rol que admite a união estável e as famílias monoparentais não é taxativo, mas apenas exemplificativo, admitindo-se outras).

<sup>64</sup> É crime na Alemanha a prática de relações sexuais entre irmãos adultos e capazes (crime de incesto). §173, 2 do StGB (Código Penal Alemão). *Vide* NEUMANN, Ulfried. *Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal* (Rechtgut, Verfassung und die Grenzen des Strafrechts). Tradução de Antonio Martins na obra coletiva *Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.525-526. E vários outros, visto que é uma das questões centrais do conceito limitativo do bem jurídico, ao se excluir a moral.

<sup>65</sup> Caso da menina Vitória, que foi brutalmente espancada pelo pai e depois morta por ele quando o Tribunal modificou a pena dada inicialmente de 7 (sete) anos de prisão no regime fechado, reduzindo-a para 3 (três) anos no regime aberto, fundamentando na inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos

para líderes de facções criminosas com práticas de homicídios reiterados, inclusive contra policiais, o que certamente seria hipótese de prisão perpétua na Alemanha, sem qualquer questionamento. Afinal, na Alemanha, homicídios qualificados não prescrevem, sendo cabível a prisão perpétua<sup>66</sup>, admitida pela Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>67</sup>. Nos Estados Unidos, admite-se a pena de morte. Nossa Constituição Federal, com razão e com a humanidade que lhe é peculiar, veda a prisão perpétua e a pena de morte (art. 5º, XLVII). Como punir, então, com todas as garantias constitucionais, dando dignidade aos presos, mas com escassos recursos financeiros?

O descontrole do crime no Brasil, com a morte reiterada de policiais, escandaliza qualquer país civilizado. A ausência de punição criminal efetiva (neutralizando a atuação criminosa do agente preso) ameaça a ordem democrática, visto que as forças armadas somente deveriam atuar em situações excepcionais e de guerra. Precisamos pensar em alternativas à prisão tradicional, que de fato no Brasil vem demonstrando fomentar mais criminalidade do que segurança. Porém, punir é necessário e neutralizar o agressor também.

O problema central do sistema penal, no dizer de Eugênio Pacelli, não se localiza em uma imaginária disputa entre a liberdade individual e a segurança pública, pois o Direito, em todas as suas manifestações, no ponto em que regula comportamentos, já é uma limitação à liberdade individual<sup>68</sup>.

A missão do Estado é garantir aos cidadãos uma vida em segurança e liberdade sob a proteção dos direitos humanos, de modo que segurança e liberdade sejam equilibrados<sup>69</sup>, buscando-se “a máxima eficácia possível a ambos”<sup>70</sup> com respeito à pessoa humana.

### 3. Processo Justo: Equilíbrio entre Garantismo e Eficiência

Antonio Scarance Fernandes, que conquistou a Livre-Docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com a monografia que se tornou o livro “O

---

e precedentes do STJ. O pai saiu da prisão e agrediu a filha de cinco anos até a morte, em retaliação pelo fato da mesma ter contado no Conselho Tutelar sobre as torturas sofridas e que ensejaram a sua prisão. Processo nº 0029754-94.2015.8.19.0001 (crime de homicídio) perante a 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias. Processo nº 0036809-40.2012.8.19.0203 (crime de tortura) perante a 2ª Vara Criminal de Jacarepaguá. Estado do Rio de Janeiro. Réu Alessandro dos Santos. 5ª Câmara Criminal do TJRJ (00368094020128190203). Data do Julgamento 15/10/2013.

<sup>66</sup> Vide a previsão expressa no §78 e §211 do StGB (Código Penal Alemão).

<sup>67</sup> Vide o caso HUTCHINSON v. THE UNITED KINGDOM (Application no. Julgamento em 17 de janeiro de 2017. Situação na qual houve invasão de domicílio, o estupro de uma jovem de 18 anos e a morte de seus pais e irmão na Inglaterra.

<sup>68</sup> PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.5.

<sup>69</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução André Luis Callegari; Nereu José Giacomoli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.39: “O poder estatal de intervenção e a liberdade civil devem ser levados a um equilíbrio, de modo que garanta ao indivíduo tanta proteção estatal quanto seja necessária, assim como também tanta liberdade individual quanto seja possível”.

<sup>70</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.41.

Papel da Vítima no Processo Criminal”<sup>71</sup>, também idealizador da linha de pesquisa da pós-graduação em Direito Processual da referida Universidade, denominada “Eficiência e Garantismo”, ressalta, ao fazer referência aos direitos à liberdade e à segurança, como principais interesses no âmbito do processo criminal, que todos nós temos o direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, nos garantam segurança e nos assegurem liberdade.

Define-se *garantismo* como um conjunto de garantias legais, nos prismas subjetivo e objetivo, que assegure ao acusado de um crime a sua defesa e liberdade em face de excessos do Estado<sup>72</sup> e *eficiência* como um procedimento que, em tempo razoável, e respeitando as garantias do acusado e da vítima, permita-se aos órgãos de persecução penal descobrir a verdade a respeito de um crime e fazer agir o direito penal, com o menor dispêndio de tempo, de custo e de sofrimento humano.

Necessário que haja um equilíbrio entre eficiência e garantismo para se alcançar um resultado justo em que sejam efetivados os direitos à segurança e liberdade do indivíduo<sup>73</sup>.

Assim, enquanto o garantismo tem por foco o acusado, a fim de que sejam asseguradas as garantias individuais e estruturais do processo, a eficiência também tem base constitucional, prevista no art. 37 de nossa Carta Magna, direcionada aos órgãos responsáveis pela persecução penal.

Douglas Fischer, ao explicar o termo *Garantismo Penal Integral*<sup>74</sup> ressalta que a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. Normas de hierarquia inferior ou interpretações judiciais não podem solapar ou restringir o que já está bem delineado constitucionalmente na seara dos direitos e deveres fundamentais, ressaltando que o art. 5º está inserido no capítulo que trata “dos direitos e deveres individuais e coletivos”. E o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos), como imperativo constitucional, não está apenas em evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também

<sup>71</sup> Publicado pela Editora Malheiros no ano de 1995.

<sup>72</sup> Antonio Scarance Fernandes ressalta que o termo pode ser utilizado em várias acepções e que Luigi Ferrajoli se refere a três aspectos do vocábulo (modelo normativo de direito, teoria jurídica de validade e efetividade e filosofia jurídica) em FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal*: eficiência e garantismo. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.10, nota de rodapé.

<sup>73</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal*: eficiência e garantismo. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.10.

<sup>74</sup> FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal integral?* Em *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.39.*

na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) dos atos ilícitos e, em sendo o caso, da punição do responsável<sup>75</sup>.

Com a organização do Estado, definiram-se estruturas e órgãos dirigidos à atuação eficaz do direito punitivo, prevendo-se, nos procedimentos, atos e fases destinados a assegurar a ação de tais órgãos, que precisam agir com eficiência na proteção dos direitos à segurança da população. Ao lado da estruturação de tais órgãos, um serviço público essencial com a função de garantir a segurança pública, em contraposição ao fortalecimento da atuação estatal, foram afirmadas garantias essenciais para assegurar ao acusado meios para se defender e para proteger a sua liberdade, garantias estas que se formaram na longa evolução histórica do processo penal e que estão previstas nos ordenamentos como garantias do devido processo legal.

A vítima, que num passado distante encontrava-se no centro dos interesses dos sistemas punitivos de justiça, basicamente fundados na vingança privada, foi neutralizada com o fortalecimento do Estado, momento no qual o *jus puniendi* passou exclusivamente a este. O Estado foi alçado à condição de garantidor da ordem pública, responsável pela investigação de crimes e detentor do direito de impor a sanção penal e passou a tratar a vítima como mera comunicadora do crime, objeto de prova e testemunha dos fatos.

O Direito Processual Penal se desenvolveu e se preocupou exclusivamente com os direitos de defesa do acusado, renegando a um segundo plano os direitos das vítimas. Afinal, com a finalidade de limitar o poder estatal, o processo penal construiu-se em torno da pessoa do acusado e ateu-se tão somente aos seus direitos fundamentais. O momento em que a vítima entra em contato com os órgãos de Justiça Penal, a começar pela polícia, para simples comunicação da ocorrência pode fazer iniciar para ela um novo processo de vitimização, denominado vitimização secundária ou sobrevivitização<sup>76</sup>.

A vítima, nesta concepção de que o crime é mero enfrentamento entre o seu autor e as leis do Estado, foi esquecida pelo Direito Penal e Processual Penal, mas vem readquirindo importância pelos movimentos da vitimologia, que ressalta existir na base do crime um conflito humano, gerador de expectativas diversas para além da mera pretensão punitiva estatal, refletindo um caráter triangular das relações mútuas entre o Estado, o infrator e a vítima. O delito passa a ser compreendido como um processo social, uma interação entre o delinquente, a vítima e a sociedade, que resulta num dano, que deve ser reparado. A vítima, assim, tem expectativas com o sistema de justiça que merecem atenção, notadamente de ser tratada com respeito e consideração, direito a

<sup>75</sup> FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal integral?* Em *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.45.

<sup>76</sup> RODRIGUES, Roger de Melo. *A tutela da vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014, p.55 e 56. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.111.

receber informação e assistência, e que o dano sofrido seja minimamente reparado. Alguns estudos científicos demonstram, ademais, que o que a vítima mais espera e exige é justiça num prazo razoável e não uma compensação econômica<sup>77</sup>.

Vislumbra-se, assim, a importância de serem criadas alternativas que privilegiem a vítima ao tempo em que se respeite o acusado, equilibrando as duas figuras como sujeitos de direito.

Afinal, o processo penal é um sistema de regras e princípios que deve permitir a atuação eficaz dos órgãos de persecução penal e, ao mesmo tempo, assegurar a plena efetivação das garantias do devido processo legal, com respeito ao acusado e à vítima, ambos protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

E resta evidente que não há braços e pernas suficientes para o cumprimento do princípio da obrigatoriedade com a apuração de todos os crimes e a persecução penal de todas as infrações penais que acontecem no mundo dos fatos. Verifica-se, assim, que somente alguns delitos são apurados, alguns ajuizados, outros prescrevem e a média do processo penal tradicional brasileiro até transitar em julgado é longa, com praticamente quatro instâncias de julgamento e inúmeros recursos judiciais. Essa demora já ensejou a condenação brasileira na Corte Interamericana de Direitos Humanos e certamente fere a eficiência do serviço público prevista no art. 37 da Constituição Federal.

A duração razoável do processo, prevista no art. 5º LXXVIII, é um direito do acusado e também da vítima, conforme se verifica das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos condenando o Brasil por não punir em tempo razoável, notadamente nos casos de Ximenes Lopes, Nogueira de Carvalho, Sétimo Garibaldi, Gomes Lund e Maria da Penha (esta no âmbito da comissão). Evidente, assim, que a execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126292, do ano de 2016, já que a prestação jurisdicional relacionada aos fatos foi cumprida e os recursos às Cortes Superiores não têm, via de regra, efeito suspensivo.

A busca pela eficiência dos serviços de persecução penal, sem abrir mão das garantias de defesa do acusado, no sentido de que haja uma justiça célere e eficaz, que efetivamente aplique o direito material ao caso concreto, se faz premente.

Em primeiro lugar, nem tudo pode ser caracterizado como crime, conforme apontado acima. Comportamentos considerados imorais, como adultério, ou relações sexuais entre adultos e capazes, mediante pagamento financeiro, por exemplo, não podem ser considerados crimes. Há uma necessidade de focar em questões relevantes para a pessoa humana, deixando, de *lege ferenda*, para o direito administrativo a

<sup>77</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*/ Garcia-Pablos de Molina, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Tradução e notas da primeira parte*: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.69.

violação de simples regras de conduta<sup>78</sup> ou exigências administrativas<sup>79</sup>, para o direito civil conflitos que envolvem o interesse econômico de empresas<sup>80</sup>, ou litígios essencialmente patrimoniais<sup>81</sup> e, via de regra, as ofensas contra a honra. Uma reforma da parte especial do Código Penal é altamente recomendável, pois há nítida falta de proporcionalidade na comparação de diversos tipos penais, como, por exemplo, estar dirigindo com uma carteira de habilitação falsificada não pode ser mais grave do que estar dirigindo conscientemente um carro roubado<sup>82</sup>, com essa diferença drástica de tratamento em relação à suspensão do processo, cabível somente em relação ao último. É preciso priorizar a pessoa humana, de modo que lesões ou ameaças à integridade física (homicídio, roubo, latrocínio, maus tratos contra crianças) ou sexual (estupro) estejam no topo da proteção, além do combate à corrupção (essencial ao funcionamento adequado da proteção estatal).

Por sua vez, nota-se que, felizmente, há uma notável mudança do direito penal tradicional para uma espécie de direito penal administrativo, com enfoque na reparação do dano e em penas restritivas de direitos<sup>83</sup>. Via de regra, nas condenações com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, é adotado o regime aberto (art. 33, §2º, c do CP), ou a pena é substituída por restritiva de direitos (art. 44 do CP) ou é cabível a suspensão da pena (art. 77 do CP). A pena privativa de liberdade deixou de ser a sanção mais importante no âmbito do direito penal, o que nos deve deixar atentos para as questões de violência. Ainda que não seja possível a substituição da pena por restritiva de direitos quando o crime seja praticado com violência (art. 44, I do CP), não é praxe que haja uma fiscalização e supervisão próxima dos condenados por crimes violentos no regime aberto.

O Ministério Público e o Poder Judiciário precisam melhor se estruturar para a fiscalização da execução das penas diversas da privativa de liberdade e do regime aberto, notadamente quanto à prestação de serviços à comunidade, que deveriam receber um enfoque maior do administrador público.

Por sua vez, com uma menor quantidade de crimes a serem registrados e investigados, focando-se nas questões relevantes para a pessoa humana (intimamente relacionadas à vida, integridade física e sexual e combate à corrupção), as agências de controle poderão melhor otimizar seu trabalho e atender ao cidadão.

Afinal, como destinatária dos serviços de segurança pública prestados pelo Estado e como decorrência do princípio da eficiência, a vítima precisa ser tratada com respeito e consideração, como preconiza a Resolução 40/34 de

<sup>78</sup> Como pescar em período proibido (crime previsto no art. 34 da Lei nº 9.605/1998) ou a prática do jogo do bicho (art. 52 da Lei das Contravenções Penais).

<sup>79</sup> Como deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo (crime previsto no art. 74 do Código de Defesa do Consumidor).

<sup>80</sup> Como a venda de CDs e DVDs piratas (crime previsto no art. 184, §2º do Código Penal e reconhecido pela Súmula 502 do STJ), furto de energia elétrica ou sinal de TV (crime previsto no art. 155, §3º).

<sup>81</sup> Dano ao patrimônio (art. 163 do Código Penal) ou apropriação indébita (art. 168 do Código Penal) que não atingem significativamente o patrimônio da pessoa lesada.

<sup>82</sup> Artigos 180 e 304 do CP.

<sup>83</sup> Vide a Lei nº 9.099/95.

1985 da ONU, e vem ganhando o reconhecimento do legislador brasileiro. O pensamento científico-criminológico moderno inclui, quando se menciona um crime, não apenas o seu autor e a sociedade, *mas redescobre a própria vítima como protagonista passivo, que deve ter seus danos valorados e ressarcidos dignamente.*"<sup>84</sup>

As Leis nºs 11.340/2006, 11.690/2008, 12.845/2013 e 13.431/2017 ressaltam a importância de que haja o respeito à vítima como pessoa humana dotada de dignidade. O direito a atendimento adequado, por sua vez, vem previsto na Lei nº 12.845/13, que diz respeito do tratamento que lhe deve ser conferido na área de saúde quando sofre violação a sua integridade sexual. O art.201, §4º do Código de Processo Penal (CPP) garante a separação física do agressor e vítima no ambiente do fórum.

O direito da vítima à informação e à privacidade vem previsto nos parágrafos 2º, 3º e 6º do art. 201 do CPP. O direito à escuta diferenciada vem previsto no art. 217 do CPP e pela Lei nº 13.431/2017, que garantem o depoimento judicial em sala diversa do acusado, através de videoconferência, seja para a vítima adulta (art. 217 do CPP) e notadamente para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual (sala de depoimento especial). Insta ressaltar que a Lei nº 13.431/2017, além de garantir o atendimento humanizado das crianças na rede de atendimento, inclusive em Delegacias, recomenda a antecipação de provas, pela regra prevista no art. 156 I do CPP, de modo que seja realizada sua oitiva em juízo o quanto antes mediante o depoimento especial através de profissionais devidamente capacitados.

Ainda em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e da eficiência que se exige do poder público, está expressamente previsto que as vítimas têm direito a atendimento multidisciplinar, previsto no art. 201, §5º do CPP.

Por sua vez, a vítima também tem o direito a resguardar a sua segurança durante e após o processo penal, conforme previsão na Lei nº 9.807/99, que criou o programa de proteção a vítimas e testemunhas, com a finalidade de resguardar a sua integridade física quando necessita de uma proteção mais contundente.

Por sua vez, há uma tendência atual na busca da justiça consensual, seja em relação aos crimes menos graves (mediação penal e justiça restaurativa) e também aos mais graves, como acontece em relação à colaboração premiada. Sem o auxílio e relato de integrantes de organizações criminosas, os crimes a estas vinculados dificilmente são desvendados. Não somente é importante para a sociedade o esclarecimento dos fatos, mas atende ao interesse do acusado fazer do resultado do processo algo previsível, o que permite a avaliação de prós e contras de um acordo, que deve incluir o ressarcimento do dano causado como medida ressocializadora e restaurativa<sup>85</sup>.

Uma pena justa e proporcional ao delito cometido, que não se restringe à privação da liberdade, uma vez que nossa legislação penal assegura diversas penas

<sup>84</sup> Comentários de Cezar Roberto Bittencourt na Apresentação da 2ª edição da obra *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*/ Garcia-Pablos de Molina, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.8

<sup>85</sup> Vide o art. 13, incisos II e III da Lei nº 9807/99; art. 4º, incisos IV e V da Lei nº 12.850 (artigos que mencionam expressamente a recuperação total ou parcial do produto do crime e a localização das vítimas).

restritivas de direito (art. 43 do Código Penal), reparação mínima do dano causado<sup>86</sup>, a qual inclusive é requisito para a concessão da suspensão condicional do processo, livramento condicional e outros<sup>87</sup>, faz parte de um Estado Democrático de Direito. A justa punição criminal tem uma função restaurativa, além das tradicionais funções retributiva e preventiva, eis que restaura a ordem jurídica violada, a paz social e deve reparar minimamente os danos causados, conforme já ressaltado. A reparação do dano causado à vítima não é uma questão de interesse exclusivo privado, conforme ressalta Pablo Galain Palermo<sup>88</sup>, mas guarda relação com o dano social causado pelo delito, havendo quem defenda inclusive que funcione como uma Terceira Via do Direito Penal<sup>89</sup> (consequência jurídica autônoma do delito<sup>90</sup>). O fato é que a reparação do dano mínimo causado à vítima de um delito<sup>91</sup> não pode ser ignorada pelo sistema criminal, excluída da sentença<sup>92</sup> ou dos acordos de justiça penal negociada<sup>93</sup>. Além de contrariar a Resolução 40/34 da ONU e a própria legislação penal e processual penal, a total transferência da questão da reparação do dano para a esfera cível não atende ao princípio da eficiência.

Por sua vez, é necessário que haja punição mais severa para os crimes mais graves (crimes praticados com violência), notadamente para réus reincidentes, que não se ajustam ou não têm interesse em respeitar os direitos dos demais. Nem sempre há interesse de ser “ressocializado” e não se pode impor um modo de vida a alguém que não quer segui-lo. Mas o que fazer? Se a morte, a prisão perpétua ou o banimento não são opções dentro do nosso Estado Democrático de Direito, por expressa vedação constitucional, como agir para proteger os demais? A resposta não é simples.

É preciso pensar em alternativas à prisão tradicional, como as APACs, já bem utilizadas no Estado de Minas Gerais<sup>94</sup>, notadamente para os crimes de violência

<sup>86</sup> Art. 387, inciso IV do CPP

<sup>87</sup> Condição para o *sursis* (CP, art. 78 §2º), para o livramento condicional (CP, art. 83, IV), para a reabilitação criminal (CP, art. 94, III) ou para a diminuição da pena (CP, art. 16). Nos crimes praticados contra a administração pública, a reparação do dano é condição para a progressão de regime (art. 33, §4º) e motivo de extinção da punibilidade no peculato culposo, se anterior à sentença irrecorrível, ou causa para redução pela metade da pena imposta quando já tiver ocorrido o trânsito em julgado (art. 312, §3º). A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Criminais, e menciona como um de seus objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima; II. A Lei nº 9.249/95, que criou causa extintiva da punibilidade de determinados delitos, decorrente da reparação do dano antes do recebimento da denúncia; III. A Lei nº 9.503/97 (alterada pela Lei nº 9.602/98) – Código de Trânsito Brasileiro, que instituiu a multa reparatória; IV. A Lei nº 9.605/98, que prevê a pena de prestação pecuniária e oferece incentivos para a reparação do dano; V. A Lei nº 9.714/98, que alterou dispositivos do Código Penal e introduziu a pena de prestação pecuniária no art. 45, §1º. A Lei nº 12.850/2013, que trata a respeito das organizações criminosas e dá especial relevância à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais para a colaboração premiada (art.4º, inciso IV).

<sup>88</sup> PALERMO, Pablo Galain. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p.73

<sup>89</sup> Projeto Alternativo Autônomo proposto por Claus Roxin e outros autores (AE-WGM – *Alternativ Entwurf Wiedergutmachung*) em 1992.

<sup>90</sup> SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>91</sup> A Diretiva Europeia 2012/29/UE garante no art. 16 que os Estados membros promovam medidas para incentivar os autores de crimes a indenizarem adequadamente as vítimas. A Diretiva europeia 80/2004/CE, garante indenização paga pelo Estado a todas as vítimas de crimes dolosos e violentos.

<sup>92</sup> Está previsto no art. 387, IV do CPP e art. 29 da LEP.

<sup>93</sup> Seja na mediação penal, justiça restaurativa ou na colaboração premiada.

<sup>94</sup> Vide [www.mg.gov.br/instituicao\\_unidade/associacao-de-protecao-e-assistencia-aos-condenados-apac](http://www.mg.gov.br/instituicao_unidade/associacao-de-protecao-e-assistencia-aos-condenados-apac). Acessado em 5 de janeiro de 2018.

doméstica, onde o agressor tem sua liberdade restringida num ambiente de responsabilidade individual. Outra alternativa seriam espaços abertos, porém isolados e devidamente monitorados, como era a vida nos países comunistas, nos quais todos trabalham em prol da coletividade de acordo com suas habilidades, num ambiente igualitário, vedando-se a entrega de produtos externos, mesmo que gratuitos por parte de familiares<sup>95</sup>.

O Estado brasileiro não é um bom gerente de prisões. Isso resta evidente. Modelos de prisões conforme sugerido por Jeremy Bentham, no estilo Panóptico (formato circular com a supervisão central para a melhor visão dos presos), embora haja crítica da doutrina seguindo Michel Foucault<sup>96</sup>, são o modelo arquitetônico que deveria ser utilizado no Brasil<sup>97</sup>, garantindo uma visão ampla mesmo com poucos funcionários supervisores. Nota-se que a Lei de Execuções Penais jamais saiu do papel. Administradores públicos deveriam ser bem capacitados em faculdades específicas de administração pública. É preciso que haja oferta de trabalho e práticas restaurativas no cárcere para que os condenados que causaram danos possam reparar o prejuízo causado às vítimas, tal qual determinado nos artigos 28 e seguintes da Lei de Execução Penal.

Por sua vez, não é razoável que um processo judicial tenha uma duração que ultrapasse 5 (cinco) anos para transitar em julgado. A duração razoável do processo vem sendo objeto de questionamento nas Cortes de Direitos Humanos<sup>98</sup>, tanto por acusados, quanto por vítimas.

O professor Leonardo Greco em seus dois textos “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo”<sup>99</sup> e “Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo”<sup>100</sup> nos traz importantes considerações aplicáveis ao processo penal. Ressalta o ilustre professor que a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende de tutela jurisdicional efetiva, pois sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas ela própria também um direito fundamental, cuja eficácia é preciso assegurar em respeito à dignidade humana. O processo, como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, com a equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da

<sup>95</sup> Nada de televisão, internet, cigarros ou algo que se possa associar ao mundo “capitalista”. Uma vida simples onde o preso possa, num ambiente aberto, porém isolado, ter contato com a natureza, plantar seu próprio alimento e compartilhar com os condenados, pelo mesmo tipo legal, uma sociedade diferente daquela à qual não se adaptou.

<sup>96</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 32ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. p.167.

<sup>97</sup> Esse modelo é largamente utilizado no exterior.

<sup>98</sup> A Itália talvez seja o país com mais condenação em Corte de Direitos Humanos por violar a duração razoável do processo.

<sup>99</sup> GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo em O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Coordenação Walter dos Santos Rodrigues. Elsevier, 2013. p. 1-46.

<sup>100</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo justo*. Publicado em <www.mundojuridico.adv.br>, em 18/03/2002. Acessado 3/10/2017.

verdade objetiva: “um meio justo para um fim justo”<sup>101</sup>. No decorrer de sua explanação, o professor discorre a respeito das garantias individuais e estruturais, e garantias específicas do processo penal. Entre as garantias estruturais ressalta a *efetividade qualitativa*, mencionando que o processo somente constituirá garantia efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico. Também assinala como garantia estrutural a razoável duração do processo.

Conforme ressalta Leonardo Greco, citando Chiovenda, “a justiça deve dar ao titular do direito tudo aquilo a que ele tem direito de acordo com o ordenamento jurídico, com o menor dispêndio de *tempo, de custo e de atividade humana*”<sup>102</sup>.

Dentro dessa ótica, o procedimento a ser instituído, para se ter um resultado justo, deve proporcionar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos<sup>103</sup>. Ou seja, para alcançar um resultado justo, é necessário equilibrar eficiência e garantismo, no sentido de que se faça atuar as normas do direito repressivo necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, assegurando ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa da sua liberdade<sup>104</sup>, dentro de um procedimento que respeite o acusado e a vítima como pessoas humanas detentoras de dignidade, seja no processo tradicional adversarial ou no devido processo consensual<sup>105</sup>.

Nesse sentido, a eficiente e justa atuação da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário diante do *ius puniendi* estatal afigura-se “um direito social constitucionalmente assegurado”<sup>106</sup>, incluído no conceito de garantismo penal integral. Punitivismo (punição criminal) e garantismo, dessa forma, não são conceitos que se excluem, mas que se complementam.

Assim, sem se descuidar do princípio da intervenção mínima, e da subsidiariedade, de estar atrelado a um bem jurídico constitucionalmente relevante, o direito penal e a aplicação da pena criminal<sup>107</sup> são mecanismos de expressão de garantias constitucionais<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo justo*. Publicado em: <www.mundojuridico.adv.br>, em 18/03/2002. Acessado em 3/10/2017, com a referência acima mencionada na primeira página.

<sup>102</sup> GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo em O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Coordenação Walter dos Santos Rodrigues. Elsevier, 2013.p.2

<sup>103</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.9

<sup>104</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Ob. citada, p.10.

<sup>105</sup> Estamos inseridos num movimento mundial evoluindo para a Justiça Negociada (Mediação Penal, Justiça Restaurativa e Colaboração Premiada), em que a reparação do dano e a atenção com a vítima são fundamentais, num necessário equilíbrio entre eficiência e garantismo.

<sup>106</sup> LIMA, Márcio Barra. *A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de Auxílio à Atividade Estatal de Persecução Criminal em Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.318.

<sup>107</sup> Ou seu equivalente na reparação do dano causado, encontrado na conduta voluntária, ou através da mediação penal, justiça restaurativa ou colaboração premiada.

<sup>108</sup> Lembrando que a Constituição Federal de 1988 tem mandados de criminalização (art. 5º XLIII, art. 227 §4º) e que a ausência de atuação do Ministério Público, no prazo legal, nos crimes de ação penal pública pode ensejar a ação penal privada pela vítima (garantia constitucional prevista no art. 5º LIX).

#### 4. Conclusão

Resta evidente que é necessário atentar para a necessidade de centralização do sistema criminal na pessoa humana, ultrapassando questões políticas de ideologias de esquerda ou de direita.

Assim, além do cuidado com os direitos do acusado, ao se reconhecer a importância do Garantismo, com o respeito às garantias individuais e coletivas previstas na Constituição Federal, legislação e Tratados Internacionais aos acusados em geral, urge o reconhecimento da necessidade de que os serviços públicos de segurança e persecução criminal atuem com eficiência para, num prazo razoável, dar uma resposta penal efetiva (não necessariamente pena privativa de liberdade), mas que assegure a liberdade, a vida e a integridade física e sexual de todos.

Nesse sentido, importante a resignificação da vítima num equilíbrio de atenção estatal pelas agências de persecução criminal ao autor de um delito e àquele que sofreu os danos causados por este.

Atenta-se aqui para a necessidade de valorização dos profissionais envolvidos na temática, sua capacitação e cuidado para com as vítimas, além da necessária atenção para com as garantias do acusado, lembrando-se da importância do equilíbrio entre liberdade e segurança, garantismo e eficiência, pois a punição criminal também faz parte de um Estado Democrático de Direito.

#### Referências Bibliográficas

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. *O retorno dos prêmios pela cabeça?* Um estudo sobre a possibilidade de reperguntas no interrogatório do corréu delator, com enfoque a partir do direito de mentir e do novo ordenamento da delação premial. RT, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 92, nº 809, mar. 2003.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *O bem jurídico-penal: duas versões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico/ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume.* Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Direito Penal Brasileiro: segundo volume: teoria do delito; introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.* Rio de Janeiro: Revan, 2010, 2ª ed., outubro de 2010. 1ª Reimpressão, julho de 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 2ª reimpressão, 2015.

BEZÉ, Patricia Mothé Glioche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Apresentação da 2ª edição da obra Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos/ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio*. Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Penal, parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, 2ª edição Ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2002

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle na obra Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores: Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. *Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo*. Coordenação Antonio Scarance Fernandes; José Raul Gavião de Almeida; Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal integral?* Em *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 32ª edição. Petrópolis: Editora Vozes. 1987

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos/ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio*.

Tradução e notas da primeira parte: Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo justo. Publicado em: <www.mundojuridico.adv.br> em 18.03.2002. Acessado em: 3/10/2017.

\_\_\_\_\_. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo em O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Coordenação Walter dos Santos Rodrigues. Elsevier. 2013, p.1-46.

GRECO, Luis. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOBBS, Thomas. 1588-1679. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva; Cláudia Berliner; revisão da tradução: Eunice Ostrensky. Organizado por Richard Tuck. 3ª ed. brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Luiz Moreira, Coordenador e Supervisor. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, Tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.20.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts e Jesús Conill Sancho. 4ª ed., Madrid: Tecnos, 2005.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. Tradução: Luis Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOSOVSKI, Ester. *Vitimologia em Debate*. Org.: Ester Kosovski, Eduardo Mayr; Heitor Piedade Jr. et al. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIMA, Márcio Barra. *A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal em Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*/ CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo, Organizadores. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILI NETO, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MILL, John Stuart. On Liberty. In: *Great Books of the Western World: American State Papers, The Federalist, Stuart Mill*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1971.

\_\_\_\_\_. *Os Clássicos da Política*, 2º vol., Organizador Francisco C. Weffort. Volume II. 10ª ed. São Paulo: Ática, 2005.

- NEUMANN, Ulfried. *Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal (Rechtgut, Verfassung und die Grenzen des Strafrechts)*. Tradução de Antonio Martins na obra coletiva *Direito Penal como crítica da pena*. Organizadores: Luis Greco e Antonio Martins. Barcelona, Buenos Aires, Madrid, São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crime. Reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.
- PACELLI, Eugênio. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PALERMO, Pablo Galain. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *A proteção da vítima de crimes sexuais, em especial crianças, na perspectiva dos direitos humanos em Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Infrações Administrativas em Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*. Quadro de Instrumentos jurídicos de cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia. Coimbra Editora, 2002. p.711-718.
- RODRIGUES, Roger de Melo. *A tutela da vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014. p.55-56.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomoli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in Idem: História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, Trajetórias e metodologia*. Tese apresentada no concurso público para Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais. Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares*. Universidade Católica Editora. Lisboa 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª ed., maio de 2011. 2ª Reimpressão, abril de 2015.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

*Autos do processo crime da Baronesa do Grajaú (1876-1877)*. Programa Memória Institucional do Ministério Público do Maranhão; transcrição de Surama de Almeida Freitas e Kelcilene Rose da Silva. São Luis: Procuradoria Geral de Justiça, 2009.